

Atividades estatais indelegáveis

Fernando Vernalha Guimarães

Resumo: O presente artigo pretende analisar a exegese contemporânea das atividades ditas indelegáveis. Por primeiro, o exame repousa sobre a identificação dos fundamentos constitucionais dessa restrição. Após, pretende-se demarcar, no bojo das atividades envolvidas na atuação estatal privativa, as atividades de mero apoio, excluídas da restrição constitucional. Por fim, como um aporte relevante para a discussão, propõe-se um exame acerca da viabilidade da transferência das atividades-fim da Administração Pública.

Palavras-chave: Atividades indelegáveis. Atividade-fim da Administração Pública. Terceirização.

Sumário: **1** A teoria das atividades indelegáveis: enquadramento do tema na atualidade – **2** Identificando as atividades indelegáveis e a sua fundamentação constitucional – **3** A viabilidade quanto ao desempenho de *atividades de suporte* – **4** A viabilidade de transferir-se atividade-fim da Administração

1 A teoria das atividades indelegáveis: enquadramento do tema na atualidade

É sempre difícil o exame de temas principiológicos e dotados de grande abstração, como esse das atividades estatais indelegáveis. Há, aqui, uma temática impregnada de ideologia, eis que a discussão sobre as fronteiras das atividades privativas do Estado é inevitavelmente perpassada pelo ideário de cada um acerca do tamanho e papel do Estado no mundo moderno. De todo o modo, é preciso reconhecer uma tendência: a de que Estados estão cada vez mais desincumbidos da prestação direta de bens e serviços, voltando seus olhos para o controle e a regulação. Assim tem sido na história mais recente. E é certo que esse movimento acaba também por comprimir o núcleo de atividades privativas ou indelegáveis do Estado.

A racionalidade que envolve todo esse processo de emagrecimento do Estado é precipuamente *econômica*. A experiência histórica com o Estado Social revelou a sua inaptidão para a prestação generalizada de bens e serviços, inclusive sob o ângulo da eficiência. Consolidou-se o reconhecimento de que a iniciativa privada, com toda a sua ganância e desprendimento de objetivos sociais ou socializantes, é bastante mais eficiente do que o Estado para o desempenho desses misteres. Nessa troca de papéis, o Estado parece ter vislumbrado um interessante caminho para superar sua crise fiscal e otimizar a prestação de bens e serviços aos administrados.

Isso se retrata na alteração do *perfil jurídico* do Estado. As premissas e concepções jurídicas reitoras da atividade estatal evoluíram juntamente — e dialeticamente — com a alteração da realidade circundante. Esse movimento tem refletido a emergência de concepções jurídicas que com ele se harmonizem, influenciando, em alguma medida, nos rumos dos debates sobre os limites das atividades privativas do Estado.

Não é adequado, por isso, pensar a teoria das atividades indelegáveis à luz de concepções vigentes no passado, que vigoraram em meados do último século, quando florescia com toda a sua força a noção do Estado prestador. De lá para cá — rumo ao Estado regulador —, as ditas atividades privativas passaram por um processo de redução de suas dimensões. Muitas tarefas que à época da

recém-editada Constituição de 88 eram tomadas por reservadas à manipulação da autoridade pública passaram a merecer o reconhecimento de que podem (e, em muitos casos, devem) ser desempenhadas pelos privados sem que haja a frustração de valores ou direitos fundamentais. A própria revalorização da *eficiência* como um princípio de crucial observância em tempos de escassez de recursos públicos concorreu — e vem concorrendo — para a redução dos espaços privativos do Estado e, em contrapartida, para o fortalecimento dos vínculos de cooperação público-privada.

Lembre-se aqui o engajamento histórico mais recente do Estado brasileiro numa tendência de terceirização das atividades de apoio, quando se chegou a aludir a uma “crise do concurso público”. A política da Reforma Gerencial (em seu segundo ciclo, produzida a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso) teve como uma de suas metas a ampliação da relação de serviços eficientemente providos por prestadores especializados no setor privado. Explicou Luiz Carlos Bresser-Pereira que “O objetivo é permitir que a administração direcione claramente as suas áreas de atuação, executando com competência apenas as atividades que são próprias ou exclusivas do Estado. Aquilo que representar atividade com similaridade no setor privado deve ser objeto de execução indireta, mediante contratação de prestadores de serviço nas condições que permitam a maior economia de custos”.¹ O Decreto nº 2.271/1997 proveu a regulamentação quanto à execução indireta de atividades da Administração Pública, prevendo-se que, entre outras, as tarefas de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, reprodução de documentos, telecomunicações e manutenção de prédios deverão ser preferencialmente contratadas.

A reorganização estrutural quanto ao desempenho de atividades administrativas vem retratada no ordenamento nacional a partir de inúmeras normativas (infraconstitucionais) surgidas no bojo do processo de *desestatização* (para usar uma acepção ampla do termo).²

Diversos outros países experimentaram movimentos semelhantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, conduziu-se em 1998 uma ampla política de terceirização de atividades administrativas a partir da edição do *Fair Act (Federal Activities Inventory Reform Act) of 1998*. Restaram excluídas desse processo apenas as *inherently governmental function*.³ Talvez um dos exemplos mais radicais nesse país esteja na substituição de soldados efetivos por empregados de empresas especializadas na segurança recrutados mediante contrato (fenômeno que remonta a tempos idos, inclusive). Matéria veiculada na edição de 13 de outubro de 2002 do *The New York Times* é emblemática dessa prática: “As empresas agora fornecem substitutos para soldados efetivos em todas as áreas, desde suporte logístico até treinamento de combate [...] Algumas (empresas) estão ajudando a realizar exercícios de treinamento de tropas norte-americanas no Kuwait, usando munição real, sob o Código de Primavera no Deserto [...]. Outras têm empregados que vestem seus velhos uniformes para trabalhar sob contrato como recrutas e instrutores militares em classes de ROTC (*Reserve Officers’ Training Corps*), selecionando e treinando a próxima geração de soldados”.⁴

O exame da teoria das atividades indelegáveis, enfim, não deve prescindir do reconhecimento desta tendência de redução do núcleo de atividades exclusivas estatais. E cada vez mais estão restritas àquelas funções vocacionadas à manifestação imperativa e política do poder estatal. Afinal, e como já aludiu Diogo Figueiredo Moreira Neto, “mesmo em seu próprio campo, que é o das questões políticas, o Estado deverá se reservar, cada vez mais, para as decisões em que

apenas a ele caiba atuar, em razão de seu monopólio da imperatividade, passando a valer-se, paulatina e preferencialmente, da cooperação e da colaboração em tudo o que puder ser mais vantajosamente atendido pela consensualidade, notadamente com a ampliação do campo de debate aberto e de negociação de interesses metaindividuais, flexibilizando, assim, um outrora marmóreo e inexorável conceito de interesse público, que deixa de ser, cada vez mais claramente, aquele confundido com o seu próprio, para ser não mais que aquele que o Direito põe a seu cargo, um específico modo de atendimento”.⁵

Todo esse quadro demonstra um evolutivo movimento em direção à redução da dimensão das atividades intransferíveis; e, em contrapartida, a ampliação do espaço de cooperação público-privada. Resta investigar qual a delimitação dessas atividades que devem permanecer interditas aos privados.

2 Identificando as atividades indelegáveis e a sua fundamentação constitucional

O cometimento do exercício (mas não da titularidade) de certas atividades estatais a particulares pode ser enquadrado como uma *transferência* — para usar aqui uma expressão proposta por Diogo de Figueiredo Moreira Neto.⁶ As transferências, num sentido mais abrangente, podem ser de natureza *legal* ou *administrativa*, para diferenciar as transferências feitas pelo legislador daquelas realizadas diretamente pela própria Administração.

Olhando-se para a Constituição, não há regras específicas e explícitas que vedem a transferência (legal ou administrativa) de certas atividades aos privados. Há, é certo, atividades que o texto constitucional reservou ao monopólio estatal, com interdição de prestação pela iniciativa privada. Mas essas poderão ter sua gestão ou prestação transferidas aos privados sob meios jurídicos próprios, como a concessão e outras vias de contratação administrativa (transferências administrativas). A proibição de delegação de certas atividades não foi prescrita *explicitamente* pelo legislador constitucional.

O que se extrai implicitamente da Constituição, fruto do acolhimento do *princípio republicano* e do cariz democrático do Estado nacional, é a reserva estatal de certas competências envolvidas com o uso da violência e o poder de império, instrumentais à satisfação de valores prezados pelo Estado Democrático de Direito. O sistema republicano impõe a reserva de certos poderes nas mãos do Estado com vistas a dotá-lo de condições suficientes para promover os valores e objetivos fundamentais constitucionais, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o progresso, a erradicação de pobreza etc. Essas competências, de caráter sempre instrumental, podem retratar o uso legítimo da força. Ao Estado incumbe privativamente exercer a autoridade e a violência, mediante o desempenho de competências como a função de polícia, a função jurisdicional etc. Assim como se passa em outros países,⁷ tais competências no direito brasileiro

No campo das atividades administrativas essa limitação alcança, por exemplo, as competências decisórias vocacionadas à disciplina e manutenção da ordem pública, que se servem do uso da força para impor (dentro dos parâmetros normativamente estabelecidos) condicionamentos e restrições à propriedade e liberdade dos privados. São competências que decorrem da chamada “função de polícia”. Ou melhor: da Administração Ordenadora, para usar uma expressão ainda mais abrangente e adequadamente proposta por Carlos Ari Sundfeld.⁸

Essas atividades de *polícia* (por assim dizer) estão livres da execução por particulares, em vista, inclusive, da relação que mantêm com o exercício da coação. Mas isso não significa que certas parcelas não possam ser transferidas aos privados. Como já aludiu Diogo Figueiredo Moreira Neto, a função de polícia expressa-se em diversas fases ou ciclos, o que permite identificar parcelas delegáveis e indelegáveis. Sua manifestação mais abrangente desdobra-se nas fases de (i) legislação, (ii) consentimento de polícia, (iii) fiscalização de polícia e (iv) sanção de polícia, sendo que o *consentimento* e a *fiscalização* são plenamente delegáveis e apenas a sanção de polícia constitui-se numa atividade administrativa indelegável, “reserva coercitiva do Estado que é”.⁹

A jurisprudência tem acolhido este enquadramento. O STJ já se manifestou sobre o tema, ao enfrentar o problema das entidades privadas da Administração indireta que desempenham certas atribuições típicas de autoridade. O caso versou acerca da prestação de atividades de trânsito por sociedade de economia mista. Segundo o STJ, a função de polícia envolve as diversas atividades (ou fases) mencionadas acima, sendo que apenas as ações de consentir e fiscalizar o trânsito são plenamente desempenháveis pelos privados a título de delegação do Poder Público. Legislar ou punir (aplicar sanções) são funções próprias e reservadas a entidades de direito público.¹⁰

Reconhecer, portanto, a indelegabilidade de tais atividades não importa inadmitir que certas parcelas (ou certos ciclos envolvidos na sua execução) possam ser desempenhadas por privados. É o que se tem chamado de delegabilidade das atividades de suporte.

3 A viabilidade quanto ao desempenho de atividades de suporte

A despeito de reconhecida a indelegabilidade de algumas competências decisórias imperativas e coercitivas da Administração Pública, hipóteses existem em que os particulares poderão desempenhar atividades instrumentais e acessórias ao exercício dessas competências.¹¹ A doutrina tem examinado a questão.¹² Nos casos em que houver atos meramente materiais e instrumentais à manifestação jurídica de competências exclusivas ou típicas estatais (preparatórios ou sucessivos), não haverá atribuição de competência decisória acerca das razões que conduzem à interferência na propriedade e liberdade dos particulares. São atividades consideradas “serviços instrumentais” à manifestação jurídica do poder de polícia. Nessas condições, afirma-se a viabilidade da gestão privada. Excepcionalmente, mesmo a emissão por privado de ato jurídico (vinculado) manifestante do poder de polícia tem sido admitida.¹³

Assim, por exemplo, nada impedirá que a Administração, no propósito de aferição de metrologia de produtos, cometa a um particular a execução de serviços de avaliação técnico-pericial prévia para esse fim. Da mesma forma, nenhum óbice se põe à avaliação pericial-ambiental por *experts* privados com vistas à deliberação administrativa acerca da adequação e correção do uso do meio ambiente. Também possível será a prestação de alguns serviços gerais de suporte ao funcionamento de estabelecimento prisional por empresa privada. Enfim, a transferência de atividades meramente instrumentais, e geralmente de conteúdo técnico, ao desempenho de competências exclusivas do Estado é admitida em nosso direito.¹⁴

A delimitação do tratamento jurídico das hipóteses, portanto, haverá de passar por uma demarcação entre o *exercício decisório* que se verifica na atuação exclusiva da Administração Pública em promover a ação de polícia (não só no âmbito abstrato-normativo, mas ainda quanto a decisões concretas e específicas) e o *exercício de mera execução*, por particulares, acerca de

tarefas (materiais) decorrentes (ou preparatórias) da manifestação decisória da Administração. Uma coisa é decidir acerca do conteúdo jurídico e político da manifestação da polícia administrativa, competência reservada indelegavelmente à Administração, outra é promover a mera execução, preparatória ou sucessiva, acerca do que foi (ou será) deliberado pela autoridade pública. Apanha-se uma distinção quanto à natureza das atividades exercidas: uma, de origem decisória (envolvendo exame de mérito); a outra, de cunho (restritamente) executivo.

Mas em muitas situações será extremamente difícil na prática delimitar e distinguir, no bojo da manifestação estatal, as atividades de decisão daquelas de mera execução. Há por vezes uma dificuldade em se afirmar uma distinção rigorosa (e útil a possibilitar a delimitação de tratamentos jurídicos) entre uma ação de *decidir* e uma ação de *executar* materialmente o que fora decidido. O problema fica reconduzido a uma gradação da margem de interferência privada no desempenho das ações de polícia e daquelas de cunho imperativo e coativo. As soluções somente poderão buscar-se nos casos concretos e a partir da modelagem dos arranjos negociais entre a Administração e os privados.

4 A viabilidade de transferir-se atividade-fim da Administração

Tratar das *transferências* de atividades estatais põe inevitavelmente a discussão sobre a (in)viabilidade de transferência de atividade-fim do ente público. Não tem sido incomum, em algumas instâncias de controle, opor-se à contratação administrativa óbice dessa ordem. Diz-se que as atividades-fim de Estado deveriam ser preferencialmente executadas por pessoas organicamente vinculadas à Administração, sob pena de infração ao princípio do concurso público (art. 37, inciso II da Constituição Federal).¹⁵ Nesse sentido, colhem-se inúmeras manifestações do TCU.¹⁶

Com respeito àqueles que advogam a tese referida, tenho para mim que tal restrição é inaplicável à contratação administrativa (e, especialmente, às PPPs). Os limites que se projetam sobre a transferência de atividades aos privados são de outra ordem — como referido acima. Trata-se de reconhecer que as atividades desvinculadas diretamente com o manejo e o exercício do poder estatal são plenamente transferíveis aos privados por meios jurídicos diversos — inclusive, pela via das PPPs —, independentemente de se afigurarem atividade-fim do aparato administrativo.

A dicotomia atividade-meio/atividade-fim retrata taxonomia de nenhuma utilidade para o direito administrativo das contratações públicas. Em primeiro lugar, o uso desse critério não tem raiz no ordenamento jurídico brasileiro. Não há nada no texto constitucional ou no plano legal que imponha sua observância para a disciplina das transferências administrativas. Esse critério foi originariamente desenvolvido na esfera da Justiça do Trabalho com vistas a tratar da intermediação de mão de obra, nos termos do Enunciado nº 331 do TST (de 1994).¹⁷ E, como bem advertiu Flávio Amaral Garcia, a Justiça do Trabalho é evidentemente incompetente para legislar sobre terceirização, “o que é absolutamente incompatível com sua função precípua que é a de dirimir conflitos”.¹⁸ De todo o modo, o critério foi concebido para outro propósito que não o estabelecimento de hipóteses de transferências administrativas — sua racionalidade esteve limitada a pautar o reconhecimento do vínculo do tomador do serviço relativamente ao seu terceirizado. Do conteúdo daquele Enunciado não se extrai qualquer censura para a terceirização de atividade-fim de empresas privadas ou entes administrativos.

Ademais, o uso dessa dicotomia tem se revelado de difícil aplicação prática, em vista da dificuldade em muitos casos de bem demarcar o que seja atividade-meio ou atividade-fim. É bastante complexo, especialmente no universo das atividades estatais, exercer essa diferenciação. Inclusive porque se trata de uma simplificação incompatível com a estrutura de atuação estatal. As finalidades estatais são diversas e de variados graus de generalidade. Sob essa óptica, tudo pode ser reconduzido a uma atividade-meio ou a uma atividade-fim, a depender da referência que se adote. Isso acaba por gerar soluções arbitrárias quanto à demarcação das atividades transferíveis e intransferíveis à prestação pelos privados.

Por outro lado, não é correto reconhecer na transferência de atividade-fim uma espécie de frustração do princípio do concurso público — como já se alegou. A exigência de concurso público, acolhida no inciso II do artigo 37 da Constituição, tem um pressuposto lógico bem definido: a iniciativa pela contratação de pessoa apta a integrar a estrutura orgânica da Administração para o desempenho de função em regime de dependência e subordinação hierárquica. A compreensão de sua utilidade jurídica deve pressupor, pois, a necessidade administrativa que lhe dá existência. Só faz sentido falar em concurso público como um meio para a Administração contratar *alguém* para inserir em seu quadro funcional, preenchendo, dessa forma, cargo ou emprego público. Evidencia-se, no caso, uma relação institucional (e não contratual).¹⁹

Situação diversa é pressuposta pela norma do inciso XXI do art. 37 da Constituição. Aqui, prescreve-se autorização constitucional para que a Administração valha-se da figura do *contrato administrativo* (em regra precedido de licitação) com vistas a alcançar prestação temporária executada por ente alheio à estrutura administrativa, submetida a um regime contratual — e sem vínculo institucional. O pressuposto lógico à contratação administrativa está na necessidade ou conveniência do Estado na aquisição de certa prestação específica produzida por terceiro, sem vinculação orgânica e hierárquica com a Administração.

Não por acaso, então, a Constituição tratou das hipóteses em dispositivos distintos: os meios jurídicos acolhidos afiguram-se soluções constitucionalmente viáveis na persecução dos interesses da Administração, pressupondo escolhas estratégicas subjacentes. A decisão por uma ou por outra via configura uma opção *discricionária* da Administração, por traduzir escolha de natureza política.

Lembre-se, a esse respeito, orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, reconhecendo que a “locação civil de serviços” não se traduz na exclusão do princípio do concurso público, bem distinguiu as hipóteses, anotando que o concurso público “é exigido para ingresso em cargos e empregos da Administração direta, indireta ou fundacional; é dizer: para que alguém possa ser inserido no aparelho governamental, assumindo a qualidade de integrante desse organismo. Isso não se dá na locação civil de serviços. Quem por este meio é contratado não mantém com o contratante vínculos de dependência e subordinação típicos da relação de cargo ou emprego. Permanece estranho aos quadros do Poder Público. Apenas se compromete a prestar-lhe determinados serviços, alocando sua aptidão profissional em relação a certas atividades específicas no contrato”.²⁰ E, mesmo reconhecendo que o recurso à “locação de serviços” deve ter um caráter excepcional, anota ter cabimento naqueles casos “em que a atividade pretendida só poderá ser feita adequadamente por terceiros, estranhos ao organismo estatal, ou melhor se fará por meio deles, seja porque menores serão os custos, seja porque distintas circunstâncias desaconselham recorrer aos próprios servidores ou manter, em seus quadros, profissionais da área requerida”.²¹

Daí que, na esteira de Celso Antônio (mas em posição não exatamente coincidente com a do jurista), posso afirmar que são aquelas hipóteses inconfundíveis, sendo que a escolha por uma ou outra via jurídica baseia-se em razões diversas, de economicidade, de “vantajosidade” etc.²² Há uma opção discricionária do agente público a orientar essas escolhas.

Observe-se que a Constituição Federal não vedou incondicionalmente o trespasse de *atividades-fim* da Administração à execução privada. Considere-se que o inciso XXI do artigo 37 prescreve a possibilidade jurídica de contratação de serviços mediante processo de licitação sem que se tenha ressalvado vedação quanto à transferência de *atividades-fim* da Administração.²³ Infere-se do preceito um princípio geral de admissibilidade à forma do contrato administrativo (em sentido amplo) para regular o trespasse de atividades do Estado a terceiros. É verdade que se admitir a possibilidade da forma do contrato administrativo não implica a aceitação de qualquer conteúdo que possa caracterizá-lo (nos casos concretos). Mas não houve pela norma constitucional vedação específica a que a Administração possa transferir determinadas atividades qualificáveis como atividade-fim. Não foi adotada pela norma uma disciplina restritiva quanto a isso.

O raciocínio pode ser reforçado, ademais, socorrendo-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional. A interpretação do problema não deve olvidar que a Constituição da República explicitamente admitiu a possibilidade de prestação *indireta* dos *serviços públicos*, por meio dos instrumentos jurídicos de delegação de sua gestão, pressupondo-se, inclusive, a transferência desta atividade-fim (um serviço público econômico) — art. 175. Mas o serviço público (econômico, inclusive) também pode ser executado *diretamente* pelo Estado, através de servidores concursados. É perceptível, portanto, que o texto constitucional não acolheu medida de concentração ou centralização da prestação do serviço público, admitindo sua prestação descentralizada mediante simples escolha discricionária da Administração.

Ao autorizar, para o campo dos serviços públicos econômicos, a delegação de atividade-fim alternativamente à sua prestação direta (pressupondo-se o concurso público), o legislador constitucional deixou claro que não desejou reservar as atividades-fim do Estado ao sistema do concurso público e à prestação direta. Parece-nos mais sintonizado com uma leitura inteligente da Constituição supor que tais possibilidades são meras alternativas de gestão administrativa, disponibilizadas ao administrador para que dela faça uso de acordo com critérios de eficiência e sob o postulado da boa administração.

Daí que a inteligência do artigo 175, no que tange à descentralização das atividades organicamente desempenhadas pela Administração, não pode ser desprezada no enfrentamento daquela questão.

É preciso, também, notar a equivalência dos valores prezados pelos instrumentos jurídicos do concurso público e da licitação, afastando a pressuposição de que o uso do contrato administrativo importaria em desviar-se dos valores garantidos pelo regime jurídico do concurso público no fim de aquisição de mão de obra para o desempenho de serviços finalísticos da Administração, constatando uma espécie de desvio de finalidade na adoção da via contratual. Tanto no concurso público como no processo licitatório (precedente lógico do contrato administrativo no direito brasileiro), há a preservação da isonomia concorrencial e aferição da habilidade técnica dos licitantes como valores prezados pelo direito a pautar as escolhas do Poder Público. Sob esse ângulo, a via licitatória destina-se a salvaguardar os mesmos interesses subjacentes ao concurso.

Diferem os institutos, como dito, no que refere ao seu pressuposto lógico, à necessidade específica visada pela Administração. E quanto à definição dessa necessidade não se vê qualquer censura do ordenamento jurídico ao exercício discricionário da Administração.

Logo e por tudo isso, não há óbice a que atividades-fim possam ser objeto de delegação por meio de PPPs ou por outras vias de contratação administrativa. A restrição, como dito, alcança apenas as chamadas atividades indelegáveis, relacionadas ao exercício de poderes estatais.

Abstract: This paper focuses on the contemporary exegesis of supposed non-delegable activities inherent to the Government. At first, the study highlights the constitutional foundations of this restriction. In the midst of the activities involving the private-state sector, the article intends to demarcate which activities are non-delegable and which are mere technical and supporting functions, excluded from the constitutional restriction. Finally, as an important contribution to the discussion, the article proposes an evaluation on the feasibility of transferring the core activities of the Public Administration.

Key words: *Inherently governmental function*. Outsourcing.

1 *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998. p. 300.

2 O recurso à execução indireta era (e é), também, prescrito pelo Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10, §7º). “Art. 10. A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] §7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

3 A noção remete a atividades ligadas a funções decisórias desempenhadas pelo Governo. Nos termos do documento, “The term ‘inherently governmental function’ means a function that is so intimately related to the public interest as to require performance by Federal Government employees”.

Há países cujas políticas tendem a resistir a movimentos de terceirização de atividades. A França — como noticia Paul Lignières — é um desses casos. Nas palavras do autor, “La réforme de l’État en France devra nécessairement passer par un mouvement général d’outsourcing. Une telle réforme s’inscrit dans un contexte *a priori* défavorable en France dans la mesure où la culture administrative tend plutôt à privilégier la réalisation de toutes les fonctions em interne. Une administration qui possède en interne tous les métiers reste encore un modèle” (*Partenariats publics privés*. Paris: Litec, 2000. p. 58).

4 GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*: verdades para o nosso tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 55, 56. O exemplo não conduz precisamente a uma hipótese de *outsourcing*, de terceirização de tarefas administrativas, mas revela a crescente e intensa participação de empresas privadas em funções típicas do Estado.

5 Globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 559.

6 *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 129.

7 Na Espanha, o item 1 do art. 275 do Real Decreto Legislativo nº 3/2011 de 14 de novembro (Lei de Contratos do Setor Público) ? Capítulo III, Seção I ?, que trata da disciplina das contratações administrativas neste país, dispondo acerca dos contratos de gestão de serviços públicos, estabeleceu que “Em nenhum caso poderão prestar-se por gestão indireta os serviços que impliquem exercício de autoridade inerente aos poderes públicos”. Já, no artigo 301 da mesma Lei — Capítulo V, Seção I —, que trata dos contratos de serviços, dispôs-se que “não poderão ser objeto desses contratos os serviços que impliquem exercício da autoridade inerente aos poderes públicos”.

Note-se ainda a observação de Gaspar Ariño Ortiz, anotando que “Una privatización de las funciones soberanas de policía, justicia y actividades similares está totalmente excluida por Ley. Las funciones de soberanía, esto es, los actos o materias en donde hay ejercicio de autoridad pública, constituyen el primero de los límites claros existentes para la operación privatizadora. Cuando, a veces, se dice que se privatizan las cárceles o los servicios de seguridad, se incurre en un equívoco, porque ambas funciones públicas son inalienables y pertenecen a la esencia del Estado” (*Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 243). Apesar disso, mais recentemente vêm se proliferando, neste país, experiências com as batizadas “entidades colaboradoras”, prestadores privados promotores do desempenho de atividades técnicas e operativas no campo de funções públicas, como proteção ambiental, urbanismo, proteção industrial etc.

Na França, há entendimento semelhante sustentado pela doutrina e pela jurisprudência do Conselho de Estado. Citem-se os seguintes julgados: CE, 1º avrill 1994, *Comm. de Menton* e CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*. CE, 8 mars 1985, *Assoc. Les amis de la Terre*. Segundo Paul Lignères, “L’État se recentre sur ses fonctions régaliennes (police, justice, défense...). Il ne saurait être question, pour la plupart des États, de privatiser ces fonctions. Les jurisprudences françaises et communautaires ont tracé la frontière entre les activités susceptibles d’être exercées par le secteur privé et les activités qui doivent impérativement être exercées par des autorités publiques” (*Partenariats...*, p. 29). Também René Chapus registra que “C’est ainsi que le fait pour une commune de concéder l’exploitation d’une plage ne peut avoir pou conséquence de transférer de lá autorité communale de police au concessionnaire lê pouvoir d’assurer l’ordre public sur la plage” (CE Sect. 23 mai, 1958, cons. Amoudruz, p. 301, AJ 1958, 2, p. 309, chron. J. Fournier et M. Combarous) (*Droit Administratif Général*. 12^e éd. Paris: Montchrestien, 1998. t. I, p. 644).

8 A opção terminológica assim como o seu significado jurídico são tratados na obra *Administração ordenadora* (2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997).

- ⁹ *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 133.
- ¹⁰ REsp nº 817.534/MG (2006/0025288-1), Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julg. 10.11.2009. Também: EDcl no REsp 817.534/MG nº 2006/0025288-1, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julg. 25.05.2010.
- ¹¹ Refira-se ao crescente fenômeno, na Espanha, das “entidades colaboradoras”, atuantes no campo de proteção ao meio ambiente, urbanismo, entre outros. A atividade que desenvolvem estas entidades é, fundamentalmente, técnica e operativa. Como esclarece José Bermejo Vera, “[...] más que delegación de funciones públicas de carácter administrativo, se trata de ‘encomiendas de gestión’, porque, por supuesto, la acción de estas entidades encuentra desprovista, al menos jurídicamente, del *imperium* característico del Poder Público” [Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 423].
- ¹² DALLARI, Adilson Abreu. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 51, 52; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a indelegabilidade do poder de polícia. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 68-71, 2000; JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 102; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 20, p. 25-28, 1997.
- ¹³ Sustenta-se, no entanto, que, na hipótese, não há “delegação” da atividade de polícia, afirmando-se a caracterização de mera “relação de administração” (sendo o próprio Poder Público que manifesta o ato de polícia, fazendo-o por via de equipamento sob a guarda e conservação de particulares) (BANDEIRA DE MELLO. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20, p. 27, 28, 1997).
- ¹⁴ Cite-se também a Lei nº 9.472/97, que estabeleceu, em seu art. 59, a possibilidade de a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) utilizar-se, mediante contrato, de técnicos ou empresas especializadas para executar atividades de sua competência, vedada a contratação para atividades de fiscalização, salvo para as correspondentes atividades de apoio.
- ¹⁵ Ademais, aduz-se que mesmo o trespasse de atividades-meio deverá observar o plexo de atribuições de cargos integrantes dos planos de cargos ou salários dos órgãos ou entidades da Administração, como determina o Decreto Federal nº 2.271/97 (§2º do art. 1º). Referida normativa, ao disciplinar a terceirização de atividades acessórias, prescreveu a inviabilidade de execução indireta de “atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal” (§2º do art. 1º).
- ¹⁶ “[...] a contratação indireta de pessoal, por meio de empresa particular para o desempenho de atividade inerente à Categoria Funcional [...], abrangida pelo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União, configura procedimento atentatório a preceito constitucional que impõe a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público [...]” (TC-475.054/95-4, *DOU*, 24. jul. 95). Veja-se ainda o Acórdão nº 17/2004 (TC,

Plenário, *DOU*, 30 jan. 2004).

17 “[...] não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, 20.06.83), de conservação e limpeza bem como as de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta”.

18 *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 314, 315.

19 Ainda que no passado se tenha cogitado imprimir ao vínculo jurídico entre Estado e funcionário a natureza de contrato.

20 *Regime dos servidores da administração direta e indireta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 74, 75.

21 *Regime dos servidores da administração direta e indireta*, p. 75.

22 Como já aludiu Carlos Pinto Coelho Motta, “[...] sob o ângulo formal, considerem-se dois conjuntos de dados: primeiro, as especificações de cargos em uma estrutura orgânica; e segundo, as especificações dos ‘pacotes’ de serviços contratados. A rigor, não há como compará-los. Tais quadros expressam realidades radicalmente diferentes, em linguagens diferentes. No primeiro, citam-se designações funcionais que terão seu lugar em uma estrutura organizacional vigente, sob a ordem hierárquica. No segundo, descrevem-se unidades de gestão ? que se referem, obviamente, a serviços em si, e não à locação de trabalhadores, prática esta ilegal segundo o art. 37, II, da Constituição Federal e reiterada jurisprudência [...]” (Terceirização e funcionalização: conflito ou complementaridade. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, p. 802, dez. 1997). Marcos Juruena Villela Souto tem entendimento semelhante: “[...] a exigência do art. 37, II da CF destina-se ao provimento de cargo público, busca-se uma relação individual e hierarquizada; no contrato, almeja-se a realização de uma atividade (o resultado e não a pessoa executante). Sequer há que se falar em quebra da isonomia ou de impessoalidade, já que, para a contratação de serviços, a seleção pelo mérito, a competitividade e a igualdade entre os competidores são obtidos pela via da licitação ? CF, art. 37, XXI” (*Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 356).

23 Nesse sentido, MOTTA. *Terceirização...*, p. 806.

Como citar este artigo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Atividades estatais indelegáveis. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=95966>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

Como citar este artigo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Atividades estatais indelegáveis. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 9-22, abr./jun. 2013.